

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85783>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Naschrift van Verburg bij de reactie van Heinsius op de annotatie van het Akavan-arrest in ArA 2010/1

L.G. Verburg

Gaarne maak ik gebruik van de door de redactie gegeven gelegenheid een paar kanttekeningen te plaatsen bij de reactie van Heinsius naar aanleiding van mijn annotatie van het Akavan-arrest in ArA 2010/1.

Het eerste door Heinsius aangesneden onderwerp gaat over de richtlijnconformiteit van de WMCO. Ik stipte in mijn annotatie in paragraaf 3.3 aan dat de Nederlandse rechter de WMCO dient uit te leggen in overeenstemming met het doel van Richtlijn 98/59. Mijn standpunt was en is dat de Nederlandse rechter het begrip 'doen eindigen' als gehanteerd in de WMCO zonder wetswijziging richtlijnconform kan en moet uitleggen (dus inclusief de vaststellingsovereenkomsten op initiatief van de werkgever wegens reorganisatie), behoudens ten aanzien van de wettelijke ondergrens betreffende het meetellen van ontbindingsverzoeken. Blijft het aantal ontbindingsverzoeken lager dan het getal vijf, dan tellen deze verzoeken krachtens het slot van artikel 3 lid 2 WMCO niet mee voor het berekenen van het aantal van 'ten minste twintig werknemers' in artikel 3 lid 1 WMCO. Heinsius acht het onmogelijk zonder wetswijziging tot een richtlijnconforme aanpak van de WMCO te komen. Wij zijn het met elkaar eens ten aanzien van de ondergrens van vijf ontbindingsverzoeken in artikel 3 lid 2 slot WMCO. Wij verschillen van mening ten aanzien van het nu reeds bestaan van de mogelijkheid een 'doen eindigen' overigens de ruimte te geven die past bij doel en strekking van Richtlijn 98/59. Heinsius oordeelt dat het contra legem is het 'doen eindigen' van artikel 3 lid 1 WMCO een ruimere interpretatie te geven dan 'opzegging'. In mijn opvatting is zijn zienswijze onnodig beperkend en mag de Nederlandse rechter zijn mening niet volgen. De vaststellingsovereenkomst op initiatief van de werkgever wegens reorganisatie is niets anders dan een variant op het thema 'doen eindigen'. Dat de Nederlandse wetgever bij een 'doen eindigen' indertijd slechts heeft gedacht aan opzegging, betekent nog niet dat een ruimere interpretatie van het begrip 'doen eindigen' contra legem is. Nergens staat in de WMCO dat een 'doen eindigen' slechts mag worden uitgelegd als opzegging. De Nederlandse wetgever heeft bij de wijziging van de WW van 1 oktober 2006 de WMCO niet gewijzigd of verduidelijkt door aan te geven dat een 'doen eindigen' niet de vaststellingsovereenkomst op initiatief van de werkgever wegens reorganisatie omvat en mocht naar mijn stellige overtuiging die beperkte uitleg aan het 'doen eindigen' in 2006 ook niet geven.

Mijn zienswijze vloeit voort uit de eis van gemeenschapstrouw (artikel 4 lid 3 EU-Verdrag, tot het moment van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon was dit artikel 10 EG-Verdrag) en ligt in het verlengde van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Gemeenschapstrouw houdt in dat de lidstaten de

verplichtingen van het EU-recht moeten nakomen en geen maatregelen mogen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de EU-Verdragen in gevaar kunnen brengen. De Nederlandse rechter moet bij de toepassing van het Nederlands recht bepalingen zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen van het doel van de richtlijn (Marleasing, punt 8¹). Dat geldt eens te meer voor omzettingswetgeving (Pfeiffer, punten 110-113²). Rechtstreekse werking van richtlijnen is in gedingen tussen particulieren uitgesloten. Dat vergroot het belang van de plicht tot richtlijnconforme uitleg. Deze plicht geldt juist wel in horizontale situaties (dat wil zeggen: in gedingen tussen particulieren).³ De vrijheid bij de keuze van de wegen en middelen doet niet af aan de verplichting van elk van de lidstaten waarvoor hij bestemd is om in het kader van zijn nationale orde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de betrokken richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren (Juuri, punt 26⁴). De uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het ermee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de op hen rustende verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichtingen te verzekeren, gelden voor alle autoriteiten van de lidstaten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties (Kücükdeveci, punt 47⁵). Ik achtte het voor de praktijk van belang in mijn annotatie kort (korter dan geschiedt in dit naschrift) aandacht voor het onderwerp van de juiste uitleg van de WMCO te vragen. Gewaarschuwde bedrijven tellen voor twee. Over die rekensom zijn Heinsius en ik het ongetwijfeld eens. Dat het Nederlandse kabinet inzet op een wetswijziging is bemoedigend, maar doet mij niet van opvatting veranderen. Het ligt in de rede de wijziging van de WMCO met spoed te behandelen. Controversieel kan het onderwerp gezien de Europese invloed op de materie voor de Nederlandse wetgever niet zijn.

Het tweede onderwerp dat Heinsius aansnijdt, betreft de verhouding tussen het moment van de aanvang van het adviestraject op grond van artikel 25 WOR en het moment van de start van de raadplegingsprocedure krachtens de WMCO. Heinsius geeft aan dat hij met mij van mening verschilt. Hij maakt echter niet duidelijk waar dit verschil precies in schuilt. Heinsius stelt dat het aanvangstijdstip van de WMCO-raadpleging niet per se gelijk hoeft te zijn aan dat van de WOR-advisering. Ik ben dezelfde mening toegedaan. Dat vloeit reeds voort uit het feit dat tal van voorgenomen besluiten binnen het bereik van artikel 25 WOR vallen, ook die welke zich wellicht eerst later laten kennen als een besluit dat dwingt een collectief ontslag te overwegen. Zo vallen ook kleinere reorganisaties (minder

1 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Jur. 1990, p. I-4135 (Marleasing).

2 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, Jur. 2004, p. I-8835 (Pfeiffer). Zie G. Betlem, Richtlijnconforme interpretatie, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Serie Onderneming en Recht, Deel 42-1, Deventer: Kluwer 2007, p. 97-132, op p. 104.

3 Zie het betoog van de in de vorige noot vermelde schrijver, met name op p. 101. Het niet vereist zijn van een contra legem uitleg komt bij Betlem ter sprake op p. 127-131.

4 HvJ EG 27 november 2008, C-396/07, JAR 2009/20 (Juuri).

5 HvJ EG 19 januari 2010, JAR 2010/53 (Kücükdeveci/Swedex) met commentaar van Peters in TRA 2010/4, p. 42.

L.G. Verburg

dan twintig werknemers) veelal onder artikel 25 WOR. Het gaat mij erom dat als er wel een samenvallende maatgevende besluitvorming is, de Nederlandse praktijk stevast kiest voor een gelijkschakeling van het startschot van de advies- en raadgevingprocedures.

Het derde en laatste onderwerp ziet op de concernverhouding. Ik heb altijd wat moeite met de gedachte dat sprake zou kunnen zijn van een concernverhouding tussen 'moeder' en 'dochter' zonder dat de moeder zeggenschap kan uitoefenen (of en hoe zij dat feitelijk doet, is vers twee). Heinsius lijkt hier wellicht meer ruimte te zien. Het wezenlijke punt van verschil is gelegen in het feit dat Heinsius het arrest Akavan/Fujitsu Siemens spectaculaire tinten geeft op het punt van de betrokkenheid van de moedermaatschappij bij de uitleg van artikel 2 lid 4 van Richtlijn 98/59. In zijn zienswijze wordt artikel 2 lid 4 Richtlijn 98/59 zeer extensief uitgelegd. Ik beschouw het arrest Akavan/Fujitsu Siemens daarentegen veel meer als een richtlijnconforme manier van doen die wij in ons land in WOR-termen gewend zijn op te lossen via de toerekeningsleer. Ik geloof niet dat toerekening van besluitvorming tot spectaculaire resultaten voert, wat onverlet laat dat sommige OK-procedures op dit terrein in het verleden bij de betrokken partijen stof deden opwaaien. Ik denk ook niet dat in een Nederlandse context het arrest Akavan/Fujitsu Siemens bij concerns tot onoverkomelijke problemen zal voeren. Daar komt bij dat besluitvorming binnen concernverband in het algemeen de vennootschappelijke structuren in stand laat en dus rekening houdt met het feit dat een reorganisatiebesluit in juridische zin slechts kan worden genomen door het bestuur van de vennootschap die de onderneming in stand houdt waar de reorganisatie gaat spelen. Het bestuur bestuurt! Wordt die hoofdregel met voeten getreden, dan is het niet vreemd dat het verkeerd afloopt, of dat nu geschiedt via de leer van de toerekening of op de wijze die voortvloeit uit artikel 2 lid 4 Richtlijn 98/59. Ik beperk mij tot slot tot de opmerking dat het in de op de artikelen 25 en 26 WOR gebaseerde jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van medeondernemerschap, door Heinsius aangestipt, geen betekenis heeft. Vergelijkt men artikel 2 lid 4 van Richtlijn 98/59 met de WOR, dan komt de toerekeningsleer in beeld. Voor het onderscheid tussen de leerstukken medeondernemerschap en toerekening verwijs ik naar mijn dissertatie uit 2007 en mijn bijdrage over de jurisprudentie van de OK in *ArbeidsRecht* 2009/1, 5.⁶

Ik zal graag het debat met Heinsius over deze interessante materie voortzetten na het bekend worden van de inhoud van het wetsontwerp tot wijziging van de WMCO waaraan Heinsius refereert. De eerste teerling is met zijn reactie en mijn naschrift geworpen.

6 Naar aanleiding van OK 9 januari 2008, ARO 2008/35, ROR 2007/43 en JAR 2008/52 (Packard Bell I) en OK 19 februari 2008, ARO 2008/73, ROR 2008/8 en JAR 2008/106 (Packard Bell II).